

CASTELLÓ PASTOR, JOSÉ JUAN, “Disponibilidad de productos y servicios en línea en el mercado único digital”, en CASTELLÓ PASTOR, JOSÉ JUAN, GUERRERO PEREZ A. y MARTÍNEZ PÉREZ, M. (Dirs), *Derecho de la Contratación Electrónica y Comercio Electrónico en la Unión Europea y en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 315-321.

CAPÍTULO 6. DISPONIBILIDAD DE PRODUCTOS Y SERVICIOS EN LÍNEA EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN 1.1. Mercado Único Digital: otro paso más en la Europa de las libertades. 1.2. Bloqueo geográfico como obstáculo para la consecución del Mercado Único Digital. 1.2.1. *Concepto de bloqueo geográfico*. 1.2.2. *Tipos de bloqueo geográfico*. 2. ELIMINACIÓN DEL BLOQUEO GEOGRÁFICO INJUSTIFICADO EN EL MARCO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO DE LA UE. 2.1. Aspectos relevantes del Reglamento 2018/302 y su carácter de *lex specialis*. 2.1.1. *Objetivo y ámbito de aplicación*. 2.1.2. *Prácticas discriminatorias prohibidas por el Reglamento (UE) 2018/302*. 2.1.3. *Posible fricción del Reglamento (UE) 2018/302 con el Derecho internacional privado*. 3. CONTENIDOS DIGITALES ACCESIBLES EN EL TERRITORIO DE LA UE. 3.1. Consideraciones generales del Reglamento sobre Portabilidad transfronteriza. 3.1.1. *Objetivo y ámbito de aplicación*. 3.1.2. *Obligaciones y deberes del prestador del servicio y del abonado*. 3.1.2.1. Posibles problemas derivados por la *fictio iuris* creada en el Reglamento 3.1.2.2. Calidad en el acceso al servicio digital transfronterizo. 3.1.3. *Carácter imperativo de la portabilidad transfronteriza y el Derecho internacional privado*. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La tecnología ha transformado la sociedad europea¹. La irrupción generalizada de internet en los hogares españoles en la década de los noventa permitió que los operadores jurídicos cosecharan éxitos con los primeros modelos de negocios en línea, pero no fue hasta la década siguiente cuando verdaderamente se afianzó el uso de la red

* Profesor ayudante doctor de Derecho internacional privado. Universitat de València. Miembro del Grupo Valenciano de Estudio del Derecho Privado Europeo – GEVDPE- de la Universitat de València (GIUV2013-118).

Este trabajo se ha realizado durante la estancia en *Columbia University* (Estados Unidos), financiada con el proyecto emergente GV/2019/118 “La tutela de los derechos en el entorno digital: nuevos retos, desafíos y oportunidades” I.P. JOSÉ JUAN CASTELLÓ PASTOR, y también con las Ayudas para estancias de personal docente e investigador de la Universitat de València (convocatoria 2019). Cualquier comentario es bienvenido: josejuan.castello@uv.es Todos los enlaces a páginas web han sido consultados por última vez en tiempos de coronavirus (31 de mayo de 2020).

¹ Inteligencia artificial, robótica, *big data*, *machine learning* o *blockchain* parecen sustraídos de una película de ciencia ficción, pero es nuestro presente y se vaticina un futuro tecnológico aún más prometedor. Sobre esta transformación digital, Vid. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Going Digital: Shaping Policies, Improving Lives*, OECD Publishing, Paris, 2019, págs. 18-31. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/9789264312012-en>

de redes. Así, la posibilidad de acceder fácilmente a internet de la mano de teléfonos inteligentes, ordenadores portátiles y tabletas, así como la conexión (por línea telefónica ADSL, fibra óptica o redes inalámbricas) con tarifas más económicas, entre otros motivos, permitió la fidelización de los usuarios al uso de las redes sociales, al consumo de contenidos digitales y a la compra en línea. Por otra parte, la fuerte inversión de la industria tecnológica, apostando por nuevos modelos de negocios en línea, ha contribuido también a consolidar el hábito de los usuarios europeos al entorno digital, quedando poco a poco relegado su homólogo tradicional; una brecha que será mayor cuando la conexión 5G y el “internet de las cosas” se afiance en los hogares europeos.

A lo anterior debe inevitablemente señalarse que un marco normativo favorable a este entorno digital es lo que ha permitido su exponencial crecimiento y fortalecimiento en estas últimas décadas. El legislador de la Unión Europea (en adelante, UE) así lo hizo adoptando un conjunto de medidas legislativas y de garantía de su efectivo cumplimiento a lo largo de la década de los noventa², en su mayoría recientemente “modernizadas y europeizadas”³. En efecto, con el objetivo de convertir la economía de la UE en la más competitiva del mundo⁴, la Estrategia Europa 2020 introdujo -en una de las siete iniciativas que interesa a los efectos de este trabajo- la Agenda Digital para Europa “con el fin de acelerar el despliegue de internet de alta velocidad y beneficiarse de un mercado único digital para las familias y empresas”⁵. En este mismo sentido se pronunció el presidente de la Comisión Europea Jean-Claude Juncker durante su alocución inaugural en la pasada legislatura (2014-2019): “creo que debemos utilizar mucho mejor las grandes oportunidades que ofrecen las tecnologías digitales, que no conocen fronteras. Para ello, necesitamos tener el valor de abrir los compartimentos nacionales de regulación de las

² A modo de ejemplo, entre otras, la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador; la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual; la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable; Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco común para la firma electrónica o a principios de la siguiente década: la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior o la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

³ Léase el comunicado de prensa de la Comisión Europea de 6 de mayo de 2015 titulado “Un mercado único digital para Europa: la Comisión establece 16 iniciativas”. Disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4919_es.htm.

⁴ Este fue uno de los objetivos de la Estrategia de Lisboa. Literalmente señala que “la Unión se ha fijado hoy un nuevo objetivo estratégico para la próxima década: convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social”. *Vid.*, Consejo Europeo de Lisboa, 23 y 24 de marzo 2000, Conclusiones de la Presidencia, punto I.5. Disponible en http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_es.htm.

⁵ Véase la Comunicación de la Comisión “Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador” (COM (2010) 2020). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52010DC2020>.

telecomunicaciones, de derechos de propiedad intelectual y de legislación sobre protección de datos, de gestión de las ondas de radio y de aplicación del derecho de la competencia. Si lo hacemos [...] podemos garantizar que los consumidores puedan acceder a los servicios, la música, las películas y los eventos deportivos con sus dispositivos electrónicos en cualquier punto de Europa e independientemente de fronteras”⁶. Desde esta Agenda Digital se ha promovido uno de los desafíos más necesarios de los últimos años: reducir las diferencias entre el mundo digital y el analógico en las actividades transnacionales en línea; y ello de la mano de la Estrategia para el mercado único digital y en particular de uno de los tres pilares: el dedicado a “mejorar el acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios digitales en toda Europa”⁷.

De la ambiciosa promesa del presidente Juncker en pos de la consecución del mercado único en el dominio digital cabe subrayar que se ha materializado en una actividad legislativa verdaderamente profusa durante estos últimos años⁸, si bien este trabajo se ocupa específicamente del análisis de dos de los primeros instrumentos legales adoptados en el marco de la estrategia del mercado único digital⁹, que combaten el bloqueo geográfico, a saber¹⁰: el Reglamento (UE) 2017/1128 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior (en adelante RP)¹¹ y el Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior (en adelante, RBGI)¹².

El denominador común de estos instrumentos, cada uno en su contexto, es evitar la práctica del bloqueo geográfico a los consumidores en el mercado interior. Una práctica

⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*, Bruselas, 6.5.2015, COM (2015) 192 final. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2015:0192:FIN>.

⁷ El entonces Presidente electo de la Comisión, Jean-Claude Juncker declaró en su alocución inaugural *Un nuevo comienzo para Europa: mi Agenda en materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio democrático* (15 de julio de 2014) que una de las prioridades en su mandato sería “un mercado único digital conectado”. Sobre esta prioridad, el 6 de mayo de 2015 se aprobó la Comunicación: Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa, COM (2015) 192 final. Ambos documentos están disponibles respectivamente en: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/juncker-political-guidelines-speech_es_0.pdf y <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0192&from=ES>.

⁸ *Cit. infra*. nota al pie núm. 22 a 26.

⁹ *Cit. supra*. nota al pie núm. 7. Concretamente, con respecto al primer pilar sobre “Mejorar el acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios en línea en toda Europa”. Bruselas, 6.5.2015 COM (2015) 192 final.

¹⁰ Junto a la supresión de las tarifas de itinerancia por el Reglamento (UE) 2017/920 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 531/2012 en lo que se refiere a las normas relativas a los mercados mayoristas de itinerancia. OJ L 147, 9.6.2017, pág. 1–8. Disponible en: ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2017/920/oj>

¹¹ DO L 168 de 30.6.2017, pág. 1/11. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2017/1128/oj>.

¹² DO L 60 I, 2.3.2018, págs. 1–15). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2018/302/oj>.

comercial que seguramente el lector se ha visto afectado en más de una ocasión¹³ y que difícilmente encuentran apoyo -salvo en contadas excepciones- en uno de los objetivos generales de la UE, a saber: el establecimiento del mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados¹⁴.

1.1 Mercado único digital: otro paso más en la Europa de las libertades

Como se ha puesto de manifiesto, la Comisión Europea inició hace más de una década el propósito de suprimir los obstáculos que dificultan la consecución del mercado único digital; una idea absolutamente necesaria en la Europa sin fronteras (terrestres) y de las libertades porque segmentar -generalmente sin justificación- los mercados con arreglo a las fronteras nacionales no tenía cabida en el marco del Tratado Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE). Basado en el concepto del mercado común¹⁵ y actualmente del mercado interior¹⁶, el mercado único digital se define como “la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada y en el que personas y empresas pueden acceder fácilmente a las actividades y ejercerlas en línea en condiciones de competencia, con un alto nivel de protección de los datos personales y de los consumidores, con independencia de su nacionalidad o lugar de residencia”¹⁷.

Por tener en cuenta la relevancia del mercado único en el ámbito digital, el alcance estimado de la “Unión digital” puede aportar a la economía europea alrededor de 415.000 millones de euros al año y crear cientos de miles de nuevos puestos de trabajo¹⁸. Con estos datos muy positivos y con la estrategia digital iniciada años antes¹⁹, la

¹³ De hecho, el noventa por ciento de los consumidores encuestados sufrieron alguna vez el bloqueo u otra forma de restricción geográfica que les impidió comprar en otro país de la Unión Europea. *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Full report on the results of public consultation on geoblocking*, 3 de marzo de 2016. Disponible en <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/full-report-results-public-consultation-geoblocking>.

¹⁴ Art. 26.2 TFUE. Diario Oficial n° C 326 de 26/10/2012 págs. 1–390. Así se pronunció en su momento la STJ de 11 de julio de 1974, as. 8/74, *Dassonville*, (EU:C:1974:82), apdo. 5, señalando que “[...] toda normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario debe considerarse como una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas”.

¹⁵ El objetivo del mercado común fue eliminar las barreras comerciales entre los Estados miembros para aumentar la economía y la cohesión social.

¹⁶ Art. 26.2 TFUE.

¹⁷ *Comunicación* de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*, de 6 de mayo de 2015, Bruselas, 6.5.2015, COM (2015) 192 final. En síntesis, la Estrategia para el mercado único digital consiste en mejorar el acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios en línea; crear condiciones adecuadas y equitativas para el éxito de las redes digitales y los servicios innovadores; y aprovechar al máximo el potencial crecimiento de la economía digital. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2015:0192:FIN>.

¹⁸ Según se indica en la página web de la Comisión Europea https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_es. Si bien algunos informes apuntan a números superiores, como el Informe de 21 de diciembre de 2015 sobre la iniciativa “Hacia un mercado único digital” (2015/2147(INI). Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0371+0+DOC+XML+V0//ES>.

¹⁹ Muestra de ello es la puesta en marcha por la Comisión Europea de la *Estrategia Europa 2020*. Véase, al respecto, la *Agenda Digital para Europa* de 19 de mayo de 2010 COM (2010) 245 final; disponible en

Comisión Europea desveló en el año 2015 dos documentos fundamentales para intentar lograr el anhelado objetivo: la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Una estrategia para el Mercado Único Digital de Europa, de 6 de mayo de 2015²⁰, y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor, de 9 de diciembre de 2015²¹. Ambos documentos han servido de base para aprobar un conjunto de normas relacionadas con los contratos de compraventa de bienes²², los contratos de suministro de contenidos digitales²³, la paquetería transfronteriza²⁴, la portabilidad transfronteriza²⁵ o el bloqueo geográfico injustificado²⁶, por citar algunos ejemplos. Pero no solo la Comisión Europea tiene una función importante en pos del mencionado objetivo, sino también el Parlamento Europeo con la resolución de 19 de enero de 2016, titulada “hacia un Mercado Único Digital²⁷” en respuesta a la Estrategia para el Mercado Único Digital de Europeo de la Comisión. Para completar el reto del mercado único digital, una de sus prioridades de trabajo del nuevo ejecutivo europeo (2019-2024) presidido por Ursula von der Leyen es “Una Europa adaptada a la era digital”²⁸.

1.2 Bloqueo geográfico como obstáculo para la consecución del Mercado Único Digital

1.2.1 Concepto de bloqueo geográfico

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0245:FIN:es:PDF> y el informe *Un mercado único de los derechos de propiedad intelectual. Estimular la creatividad y la innovación para generar crecimiento económico, empleos de calidad y productos y servicios de excelencia en Europa* de 24 de mayo de 2011, COM (2011) 287 final.

²⁰ *Cit. supra* nota al pie núm. 6.

²¹ Como apunta la Comunicación, es necesario conseguir un mayor nivel de armonización en la normativa de la UE sobre derechos de autor para abordar los aspectos relacionados con la territorialidad de los derechos de autor, y adaptar la normativa sobre derechos de autor a las nuevas realidades tecnológicas, a fin de que siga respondiendo a sus objetivos. Véase, Bruselas, 9.12.2015 COM (2015) 626 final. Disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ES/1-2015-626-ES-F1-1.PDF>.

²² Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE. PE/27/2019/REV/1. DO L 136 de 22.5.2019, pág. 28/50. Disponible en <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/771/oj>.

²³ Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. DO L 136 de 22.5.2019, pág. 1/27. Disponible en <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/770/oj>.

²⁴ Reglamento (UE) 2018/644 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de abril de 2018, sobre los servicios de paquetería transfronterizos. DO L 112 de 2.5.2018, pág. 19/28. Disponible en <http://data.europa.eu/eli/reg/2018/644/oj>.

²⁵ *Cit. supra* nota al pie núm. 11.

²⁶ *Cit. supra* nota al pie núm. 12.

²⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2016, sobre la iniciativa “Hacia un Acta del Mercado Único Digital” (2015/2147(INI)). Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/definitif/2016/01-19/0009/P8_TA\(2016\)0009_1_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/definitif/2016/01-19/0009/P8_TA(2016)0009_1_ES.pdf).

²⁸ COMISIÓN EUROPEA (CE), *Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea* (2019-2024). Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_es.pdf.

El bloqueo geográfico o geo-restricción es una medida de protección tecnológica utilizada por el prestador de un servicio de internet para evitar que el consumidor (y usuario final) acceda al contenido suscrito o al interfaz en línea²⁹ (es decir: sitios web, plataformas y aplicaciones) en función de la ubicación geográfica³⁰. En este sentido, se trata de una barrera al comercio electrónico transfronterizo que se extiende indistintamente a cualquier sector económico –de modo que afecta a un amplio conjunto de productos y servicios- y se manifiesta de forma generalizada en todos los Estados miembros. En efecto, los comerciantes localizan geográficamente al consumidor para evitar, en según qué casos, que acceda al contenido en línea suscrito (generalmente cuando se encuentre fuera del país de residencia) o realice transacciones transfronterizas (denegándole el acceso a la página web de otro Estado miembro o remitiéndole al mismo sitio web nacional; también se le puede permitir el acceso al sitio web, pero impedirle la finalización de la compra o la contratación del servicio).

Es evidente que esta técnica frustra las expectativas del consumidor al no tener acceso continuado al servicio de contenido en línea suscrito en su país de origen cuando está en otro Estado miembro y limita las oportunidades de elección -al verse constreñido a adquirir el producto o el servicio en su Estado de residencia-. Además, la fragmentación artificial del mercado interior continúa presente y, sin duda, propicia el descontento del consumidor -habida cuenta de que estos mismos supuestos están superados desde hace décadas en el mundo analógico³¹-. En definitiva, el entorno digital muestra la compleja relación entre la libertad de los comerciantes para establecer el ámbito de su actividad comercial y el derecho del consumidor europeo por tener los mismos derechos conquistados *off-line* hace décadas.

1.2.2 Tipos de bloqueo geográfico

Conforme se ha apuntado, la práctica del bloqueo geográfico puede colisionar con las libertades consagradas en el TFUE, especialmente con las plasmadas en el art. 18 TFUE³²; si bien en algunos casos estas prácticas pueden quedar justificada por motivos legales.

²⁹ El numeral 16 del art. 2 RBGI define “interfaz en línea” como “cualquier tipo de programa informático, incluidos los sitios web o parte de ellos y las aplicaciones, incluidas las aplicaciones móviles, utilizado por un comerciante o en nombre de este, que sirva para dar a los clientes acceso a los productos o servicios del comerciante con vistas a iniciar una operación con respecto a dichos productos o servicios”.

³⁰ Vid. ARPIO SANTACRUZ, J., “Fundamento y alcance de la regulación europea sobre el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, n° 22, 2018, pág. 3/32; MARTÍ MOYA, V., *Geobloqueo y comercio electrónico. Entre la libre circulación y el derecho de la competencia*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020, pág. 25; TRIMBLE, M., “The Future of Cybertravel: Legal Implications of the Evasion of Geolocation”, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, vol. 22, 2012, págs. 586 y ss.

³¹ Se trata de una “geodiscriminación”, como señala el documento de la Comisión Europea “Preguntas y respuestas relativas al Reglamento sobre bloqueo geográfico en el contexto del comercio electrónico”, 2018, pág. 5. Disponible en <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/geo-blocking-regulation-questions-and-answers>

³² En este sentido, “la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, que también cubre la discriminación indirecta, es un principio general del Derecho de la Unión previsto en el artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y el artículo 21, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como en las disposiciones específicas del mencionado Tratado relacionadas con las libertades del mercado interior”, *ibidem*, pág. 10.

Por lo que se refiere a la práctica de bloqueo geográfico injustificado, se da por la decisión unilateral del prestador del servicio en línea o por la cláusula contractual -entre el operador económico y el prestador del servicio- para obstaculizar el acceso transfronterizo al contenido suscrito o la compra de bienes o prestación de servicios³³. Esta práctica reviste diversas formas³⁴, como por ejemplo la práctica de impedir el acceso transfronterizo al contenido digital suscrito o al interfaz en línea de un sitio web de otro país por medio de la localización de la dirección IP del usuario³⁵, la práctica de denegar la entrega del producto adquirido cuando la dirección del consumidor esté en un país distinto de la del prestador del servicio, así como la práctica de redirigir automáticamente al comprador (que ha accedido a la interfaz en línea de otro país) a la página web homóloga nacional. Por último, el prestador del servicio suele también discriminar los precios de los productos y servicios ofrecidos en la web en función del país de procedencia del consumidor³⁶. Y en relación con la práctica del bloqueo geográfico justificado, descansa en diversos motivos legales. Esto es, el geo-bloqueo puede estar amparado por tener que garantizarse el cumplimiento, bien de un requisito legal del Derecho de la Unión, o de la legislación de un Estado miembro de conformidad con el Derecho de la Unión, al que la actividad del comerciante esté sujeto (v. gr. propiedad intelectual e industrial³⁷, publicidad, prohibición especial de venta de productos o servicios, como es el caso de tabaco, alcohol, juego azar, o protección de menores). Cabe la posibilidad de sostener también este argumento por motivos económicos -es decir, el

³³ Un claro ejemplo son los acuerdos verticales entre proveedores y distribuidores; aunque el cdo. 34 RBGI precisa al respecto que: “[...] el presente Reglamento no debe afectar a la aplicación de la normativa sobre competencia, en particular los artículos 101 y 102 del TFUE. Así, el presente Reglamento y, concretamente, sus disposiciones sobre el acceso a productos o servicios, no deben afectar a los acuerdos que restringen las ventas activas en el sentido del Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión. Los acuerdos que imponen a los comerciantes la obligación de no participar en ventas pasivas en relación con determinados clientes o con grupos de clientes situados en determinados territorios se considera por lo general que restringen la competencia y normalmente no pueden quedar exentos de la prohibición establecida en el artículo 101, apartado 1, del TFUE. Sin embargo, cuando se aplique tal exención o cuando las restricciones contractuales no estén cubiertas por el artículo 101 del TFUE, existe el riesgo de que puedan ser utilizados para eludir las disposiciones del presente Reglamento. Las correspondientes disposiciones de esos acuerdos deben ser, por lo tanto, nulas de pleno derecho cuando impongan obligaciones a los comerciantes de actuar infringiendo las prohibiciones establecidas en el presente Reglamento relativas al acceso a interfaces en línea, al acceso a productos o servicios y al pago. Dichas disposiciones se refieren, por ejemplo, a restricciones contractuales que impiden a un comerciante atender a solicitudes espontáneas de clientes individuales en relación con la venta de productos, sin entrega, fuera del territorio asignado contractualmente por motivos relacionados con la nacionalidad, el lugar de residencia o el lugar de establecimiento del cliente”.

³⁴ Siguiendo en este punto a SIMONELLI, F., *Combating Consumer Discrimination in the Digital Single Market: Preventing Geo-Blocking and Other Forms of Geo-Discrimination*, Directorate general for internal policies. Policy department a: economic and scientific policy, 2016, págs. 15-16.

³⁵ Incluso le puede permitir el acceso al sitio web de otro país, que tramite la contratación del producto o la prestación del servicio, pero finalmente se le impida concluir el acto (porque la dirección de pago del consumidor está en un país diferente del país en el que ejerce el comerciante su actividad).

³⁶ En este caso la técnica utilizada es el geo-filtrado (o *geo-filtering*). Vid. SIMONELLI, F., *Combating Consumer Discrimination in the Digital Single Market: Preventing Geo-Blocking and Other Forms of Geo-Discrimination*, Directorate general for internal policies. Policy department a: economic and scientific policy, 2016, pág. 13.

³⁷ Principalmente en el ámbito del comercio electrónico transfronterizo debido al principio de la territorialidad de los derechos de propiedad intelectual (en sentido amplio); una justificación que en el contexto de la portabilidad transfronteriza no está presente (y, por lo tanto, se garantiza el acceso transfronterizo de contenido digital protegido por estos derechos, tal y como se estudia en el punto 3).

operador económico puede justificar esta práctica por el elevado coste económico que supondría adaptar el modelo de negocio a la venta transnacional³⁸.

Seguidamente, se analizan en este trabajo ambos instrumentos europeos en la lucha por combatir el bloqueo geográfico: en primer lugar, el RBGI, y, en segundo lugar, el RP.

2. ELIMINACIÓN DEL BLOQUEO GEOGRÁFICO INJUSTIFICADO EN EL MARCO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO DE LA UE

En el sector del comercio electrónico de la UE, los consumidores han visto en multitud de ocasiones obstaculizadas las transacciones en línea cuando intentaban adquirir el producto o contratar el servicio de un comerciante situado en otro Estado miembro debido a la técnica del bloqueo geográfico. Conocedor de ello, el legislador vela por la represión de las prácticas discriminatorias en las transacciones comerciales en la UE; esto es, por que no se den situaciones en las que no exista una justificación objetiva para el trato diferente por razón de la nacionalidad, de la residencia o del lugar de establecimiento (incluidos criterios indirectos como la dirección IP o los datos de pago) del cliente en relación con la compraventa de productos y la prestación de servicios en la UE porque dificulta el potencial del comercio electrónico transfronterizo y reprime el pleno uso del mercado único digital.

En efecto, este trato diferente no justificado es el que procura eliminar el RBGI, de aplicación desde el pasado 3 de diciembre de 2018. Buena prueba es la multa impuesta por la Comisión Europea al grupo hotelero español Meliá de 6.7 millones de euros por incluir en sus contratos con los operadores turísticos cláusulas restrictivas, que discriminaban entre los consumidores del Espacio Económico Europeo (EEE) en función de su lugar de residencia, infringiendo la normativa europea de defensa de la competencia³⁹. Así pues, el RBGI contribuye indudablemente en la formación del mercado interior en línea, adapta las libertades básicas al consolidado escenario digital para impulsar la economía digital, aumentar la libre competencia y las opciones de los consumidores en todo el mercado interior de la UE⁴⁰. Con todo, algunos aspectos de este instrumento pueden crear una fricción con el Derecho internacional privado (o Dipr.).

³⁸ Piénsese, al respecto, no solo en el conjunto de normas en materia de protección al consumidor, fiscal o contractual que pueden verse implicadas y que debería cumplir el operador jurídico, sino que debería también adaptar el modelo de negocio (búsqueda de anunciantes para la interfaz) y el idioma del interfaz en línea a ese particular territorio en cuestión. Se trataría de una conducta que podría quedar justificada por el equilibrio necesario que debe existir entre la consecución del mercado único digital y la libertad de empresa (proclamada en el art. 16 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales en relación con los arts. 26, 49 a 55 y 56 a 62 del TFUE).

³⁹ Véase el comunicado de prensa de la Comisión Europea de 21 de febrero de 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_302. También a la marca de ropa Guess se le ha impuesto una multa de 39.821.000 euros por restringir a los minoristas de la publicidad en línea y la venta transfronteriza a consumidores en otros Estados miembros (“bloqueo geográfico”), en violación de las normas de competencia de la UE. *Vid.* el comunicado de prensa de la Comisión Europea de 17 de diciembre de 2018. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_6844

⁴⁰ Se ha logrado un buen nivel de conocimiento del RBGI entre los consumidores, según el informe de la encuesta del Eurobarómetro 477b, “*Cross-border access to content online*” publicado en abril-2019. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_19_2528

2.1 Aspectos relevantes del Reglamento 2018/302 y su carácter de *lex specialis*

2.1.1 Objeto y ámbito de aplicación

El RBGI es una norma de reducida extensión (consta de 43 considerandos y de 11 artículos) y goza de carácter de *lex specialis*⁴¹, en la medida en que desarrolla o clarifica las situaciones en las que se prohíbe la discriminación (directa o indirecta⁴²) de los clientes por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del establecimiento (en tanto no existan criterios objetivos que justifiquen el trato diferenciado, a tenor de la cláusula genérica establecida en el artículo 20.2 de la Directiva 2006/123/CE⁴³) en las transacciones transfronterizas en el territorio de la UE.

El art. 1 RBGI desempeña la doble función de delimitar el objeto y el ámbito de aplicación. En relación con su objeto, el instrumento pretende evitar la discriminación directa o indirecta motivada por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar del establecimiento del cliente, incluido el bloqueo geográfico injustificado, y también clarificar aquellas situaciones que no pueden justificarse una diferencia de trato (ex. art. 20.2 de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior) en relación con la compraventa de productos y la prestación de servicios en el territorio de la UE. Para garantizarlo, en términos generales, el legislador de la Unión configura una serie de prohibiciones a los comerciantes con el fin de facilitar a los clientes (consumidores y usuarios finales) las transacciones comerciales transfronterizas con respecto a la compraventa de productos y la contratación de servicios en el territorio de la UE.

En otras palabras, el comerciante no puede utilizar medidas tecnológicas -u otras formas- para bloquear o limitar el acceso del cliente al interfaz en línea por motivos relacionados con la nacionalidad, con el lugar de residencia o con el lugar de establecimiento del cliente (art. 3 RBGI), ni aplicar condiciones generales de acceso diferentes a sus productos o servicios por estos mismos motivos (art. 4 RBGI). Tampoco puede discriminar por motivos relacionados con el pago (art. 5 RBGI) o restringir los acuerdos sobre ventas pasivas (art. 6 RBGI), que serán nulos de pleno derecho. Ahora

⁴¹ El carácter especial del RBGI viene reflejado en el cdo. 4: “[...] el presente Reglamento pretende clarificar el artículo 20 de la Directiva 2006/123/CE mediante la definición de determinadas situaciones en las que no puede justificarse un trato diferente por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento en virtud de dicha disposición”, así como en el propio art. 1.7 al puntualizar que “el art. 20.2 de la Directiva 2006/123/CE se aplicará en la medida en que el presente Reglamento no establezca disposiciones más concretas”. Véase, también, PAREDES PÉREZ, J. I., “Medidas contra el bloqueo geográfico injustificado: el Reglamento (UE) 2018/302 y su incidencia sobre las normas europeas de Derecho internacional privado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 35, 2018, pág. 4.

⁴² Cdo. 6 RBGI.

⁴³ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DO L 376 de 27.12.2006, pág. 36). Señala el art. 20.2 que “los Estados miembros harán lo necesario para que las condiciones generales de acceso a un servicio que el prestador ponga a disposición del público no contengan condiciones discriminatorias basadas en la nacionalidad o el lugar de residencia del destinatario, sin que ello menoscabe la posibilidad de establecer diferencias en las condiciones de acceso directamente justificadas por criterios objetivos” y se encuentra transpuesto en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 16.3 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE núm. 283, de 24 de noviembre de 2009).

bien, conviene puntualizar que el RBGI no obliga al comerciante a extender su actividad comercial a todos los Estados miembros, sino a permitir, en caso de que un producto o servicio esté disponible para sus consumidores nacionales, también lo esté para los clientes transfronterizos. Cada una de estas obligaciones y prohibiciones se analizan en el siguiente apartado.

Con el propósito de garantizar la aplicación uniforme de la norma en la UE⁴⁴ y de facilitar la delimitación del ámbito de aplicación, es necesaria la lectura conjunta de todos estos preceptos con las definiciones incorporadas en el art. 2 RBGI.

En lo que respecta al ámbito de aplicación personal⁴⁵, es necesario conocer el significado de los conceptos utilizados en el RBGI para alcanzar su objetivo. En este sentido, se entiende por comerciante toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona que actúe en su nombre o a su cargo, con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión⁴⁶; por consumidor a toda persona física que actúe con fines ajenos a su actividad comercial, negocio, oficio o profesión⁴⁷ y por cliente al consumidor que sea nacional de un Estado miembro o que tenga su lugar de residencia en un Estado miembro, o una empresa que tenga su lugar de establecimiento en un Estado miembro, y que recibe un servicio o adquiere un producto, o tiene intención de hacerlo, en la Unión, únicamente para su uso final⁴⁸. Cabe puntualizar, a este respecto, que el RBGI excluye de esta protección a quienes adquieran el producto o el servicio para su reventa⁴⁹, esto es: la protección únicamente alcanza al usuario final⁵⁰.

En relación con el ámbito de aplicación territorial, las disposiciones del RBGI se aplican por igual a todos los comerciantes que ofrecen sus productos o servicios a clientes en el territorio de la UE. El legislador de la UE ha querido, en este sentido, asegurar que la norma “se aplique por igual a todos los comerciantes competidores”⁵¹ con

⁴⁴ A tenor del cdo. 41 RBGI.

⁴⁵ Que concuerda con el de la Directiva 2006/123/CE a tenor de su art. 1 y sus definiciones dadas en el art. 4 (sobre “servicio”, “prestador” y “destinatario”).

⁴⁶ Art. 2.18 RBGI.

⁴⁷ Art. 2.12 RBGI.

⁴⁸ Art. 2.13 RBGI.

⁴⁹ Véase el cdo. 16 RBGI. Asimismo, el documento de la Comisión Europea “Preguntas y respuestas relativas al Reglamento sobre bloqueo geográfico en el contexto del comercio electrónico”, 2018, pág. 14 señala que “el Reglamento se aplica a todos los comerciantes que ofrecen sus productos o servicios a consumidores en la UE, independientemente de si están establecidos en la Unión o en un tercer país. Por tanto, los comerciantes establecidos en terceros países que operan en la UE están sujetos al presente Reglamento”.

⁵⁰ Al respecto, téngase en cuenta que “las normas del Reglamento sobre bloqueo geográfico se aplican en principio tanto a las transacciones B2C (empresa a consumidor) como a las B2B (empresa a empresa), en la medida en que estas últimas se produzcan sobre la base de condiciones generales de acceso (es decir, no se negocien individualmente) y con el único propósito de uso final (es decir, sin intención de reventa, transformación, procesamiento, alquiler o subcontratación)”, *ibidem*, pág. 15.

⁵¹ DE MIGUEL ASENSIO, P. A. “El nuevo Reglamento de la Unión Europea sobre bloqueo geográfico y otras formas de discriminación”, *La Ley Unión Europea*, nº 59, 2018, pág. 4. En este mismo sentido, LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., “El Reglamento 2018/302 sobre bloqueo geográfico injustificado y su relación con el criterio de las actividades dirigidas”, *Bitácora Millennium DIPr*, nº 7, 2018, pág. 16. Disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/archivos/1537313319.pdf>.

independencia de que estén establecidos en un Estado miembro o en un tercer país⁵² para no alterar la competencia. Además, el RBGI se circunscribe únicamente a las transacciones comerciales afectadas de un elemento transfronterizo europeo (en concreto, en las que se vea afectado el mercado interior), de modo que se excluyen las situaciones puramente internas “en las que todos los elementos pertinentes de la transacción se circunscriben al interior de un único Estado miembro”⁵³.

Y por lo que se refiere al ámbito de aplicación material y en consonancia con la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior, el RBGI se aplica a las transacciones comerciales transfronterizas en la UE realizadas entre un comerciante y un cliente con el fin de adquirir un bien o un servicio⁵⁴. Pero no a todas las transacciones, la norma delimita el ámbito material de forma negativa al considerar que no se aplica a las actividades mencionadas en el art. 2, apdo. 2, de la Directiva 2006/123/CE⁵⁵, quedando al margen los servicios no económicos de interés general, los servicios financieros, los servicios y redes de comunicaciones electrónicas o los servicios en el ámbito del transporte, por citar algunos ejemplos⁵⁶. En suma, desde el punto de vista del ámbito material, el RBGI se aplica, entre otros, a servicios no audiovisuales prestados por vía electrónica cuya característica principal sea proporcionar acceso a obras protegidas por derechos de autor o a otras prestaciones protegidas, a reserva, no obstante, de la exclusión concreta⁵⁷ y la posterior evaluación de dicha exclusión⁵⁸ según lo previsto en el RBGI⁵⁹. Se excluyen del ámbito de aplicación, los servicios audiovisuales, entre ellos los servicios cuyo objetivo principal sea proporcionar acceso a transmisiones deportivas y que se prestan sobre la base de licencias territoriales exclusivas. Por lo tanto, también debe excluirse el acceso a servicios financieros al por menor, incluidos servicios de pago, sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Reglamento sobre no discriminación en los pagos⁶⁰.

2.1.2 Prácticas discriminatorias prohibidas por el Reglamento (UE) 2018/302

El RBGI establece unas medidas específicas de obligado cumplimiento para los comerciantes con el fin de garantizar la igualdad de trato de los clientes y de evitar la discriminación en las transacciones transfronterizas en línea en la Unión.

La primera de estas obligaciones consiste en la prohibición de bloquear o limitar el acceso a las interfaces en línea a los potenciales clientes de otros Estados miembros⁶¹.

⁵² Cdo. 17 RBGI.

⁵³ Art. 1.2 RBGI.

⁵⁴ Entendiéndose por producto a “todo bien mueble tangible, excepto los bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento” y por servicio a “cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 57 del TFUE”, según las definiciones aportadas en los numerales 15 y 17 del art. 2 RBGI respectivamente.

⁵⁵ Art. 1.3 RBGI.

⁵⁶ Son algunas de las actividades recogidas en el art. 2 de la Directiva 2006/123/CE.

⁵⁷ Art. 4.4 RBGI.

⁵⁸ En concreto, en el art. 9 RBGI.

⁵⁹ Cdo. 8 RBGI.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Art. 3 RBGI.

Se compele, en este sentido, a los comerciantes a no utilizar medidas tecnológicas o de otro tipo⁶² para impedir que los clientes accedan a sus interfaces y realicen transacciones transfronterizas por motivos relacionados con la nacionalidad, con el lugar de residencia o establecimiento. También, y por estos mismos motivos, los comerciantes no pueden redirigir al cliente -salvo que expresamente preste su consentimiento- a una versión de su interfaz en línea que sea distinta a la que este hubiere intentado acceder⁶³. Estas prohibiciones, sin embargo, dejarán de aplicarse si el comerciante debe cumplir una obligación legal, en cuyo caso deberá informar a los clientes⁶⁴.

La segunda de estas medidas⁶⁵ consiste en la prohibición al comerciante de no aplicar condiciones generales de acceso⁶⁶ diferentes a sus productos o servicios al cliente (por motivos relacionados con la nacionalidad, con el lugar de residencia o establecimiento) en tres supuestos específicos, a saber: el primero de ellos trata sobre la venta de bienes materiales, prohibiéndose al comerciante aplicar condiciones de acceso distintas cuando el consumidor reciba el producto en el Estado miembro en el que se ofrece este servicio en el marco de las condiciones generales de acceso⁶⁷. Es decir, el comerciante no realiza la entrega transfronteriza del bien, de modo que esta obligación permite equiparar en el trato al consumidor residente en el Estado miembro (en el que se realiza la entrega o la recogida del producto) con el consumidor “transnacional”⁶⁸. El segundo supuesto versa sobre los servicios prestados por vía electrónica (v. *gr.* los servicios en nube, los servicios de almacén de datos, de alojamiento de sitios web y cortafuegos o el uso de motores de búsqueda y directorios de internet)⁶⁹. Es un servicio que carece de soporte material, de modo que no requiere la entrega física. En este caso, se compele al comerciante a no aplicar condiciones generales de acceso diferentes a los

⁶² Sirva, a modo de ejemplo, las que se utilizan “para determinar la ubicación física del cliente, entre ellas el seguimiento de esta ubicación mediante una dirección IP o las coordenadas obtenidas a través de un sistema mundial de navegación por satélite”; *vid.* cdo. 18 RBGI.

⁶³ El siguiente supuesto era frecuente antes de la aplicación del RBGI: un cliente español quiere comprar determinados productos de una conocida marca de ropa en un sitio web griego porque estos mismos productos son más baratos, pero no podía hacerlo porque automáticamente era redirigido al sitio web español de esta conocida marca de ropa.

⁶⁴ Señala literalmente el segundo párrafo del art. 3.3 RBGI que “[...] el comerciante dará una explicación clara y específica a los clientes sobre las razones por las que el bloqueo, limitación de acceso o redirección son necesarios para garantizar el mencionado cumplimiento. Dicha explicación deberá ofrecerse en la lengua de la interfaz en línea a la que el cliente hubiese tratado de acceder inicialmente”.

⁶⁵ Recogida en el art. 4 RBGI. Como señala el documento de la Comisión Europea “Preguntas y respuestas relativas al Reglamento sobre bloqueo geográfico en el contexto del comercio electrónico”, 2018, pág. 21 señala que “el Reglamento no impone a los comerciantes la obligación de vender, aunque sí les prohíbe discriminar por razón de nacionalidad, residencia o establecimiento del cliente al hacerlo”.

⁶⁶ Definidas en el art. 2.14 RBGI como “todas las condiciones y otros datos, como los precios netos de venta, que regulen el acceso de los clientes a los productos o servicios ofrecidos a la venta por un comerciante, que se establezcan, se apliquen y se pongan a disposición del público en general por parte del comerciante o en su nombre y que se apliquen a falta de un acuerdo negociado individualmente entre el comerciante y el cliente”.

⁶⁷ Como señala el cdo. 23 RBGI: “[...] ello podría suponer que los clientes extranjeros tengan que recoger los productos en ese Estado miembro o en un Estado miembro diferente de aquel en el que el comerciante realiza las entregas u organizar, por sus propios medios privados, la entrega transfronteriza de los productos”.

⁶⁸ “El llamado escenario «comprar como un local»”, *vid.* documento de la Comisión Europea “Preguntas y respuestas relativas al Reglamento sobre bloqueo geográfico en el contexto del comercio electrónico”, 2018, pág. 24.

⁶⁹ Ejemplos recogidos en el cdo. 24 RBGI.

clientes por los motivos antedichos, salvo que se trate de un servicio cuya característica principal sea “proporcionar acceso a obras protegidas por derechos de autor o a otras prestaciones protegidas, y permitir su utilización, incluida la venta de obras protegidas por derechos de autor y prestaciones protegidas que no tengan soporte material”. Los programas de ordenador, los libros electrónicos, la música o los videojuegos constituyen un claro ejemplo de este tipo de servicios prestados por vía electrónica protegidos por los derechos de autor⁷⁰. Y el tercer supuesto trata sobre el servicio prestado en un lugar físico en el territorio del Estado miembro en el que el comerciante ejerce su actividad (esto es, se trata de la prestación de servicio no digital), como sería el caso del “alojamiento en hoteles, acontecimientos deportivos, alquiler de vehículos y entradas para festivales de música o parques de atracciones”⁷¹. En modo alguno se justificaría el trato discriminatorio en el acceso al servicio cuando el consumidor precisamente recibe el servicio en la instalación del prestador o en el territorio del Estado miembro en el que ejerce su actividad.

Pese a ello, a tenor del art. 4.2 RBGI, el legislador de la UE permite que el comerciante pueda realizar ofertas específicas y condiciones generales de acceso diferentes a los clientes de un determinado territorio o a grupos específicos de clientes -siempre de manera no discriminatoria-, adaptando si desean las interfaces en línea a los distintos países⁷². Con todo, esta prohibición de no aplicar condiciones generales de acceso diferentes (como la de las restricciones de acceso a las interfaces en línea) contiene una exención; dejará de aplicarse si una disposición del Derecho de la Unión, o en la legislación de los Estados miembros de conformidad con el Derecho de la Unión, impide que el comerciante venda productos o preste servicios a determinados clientes o a clientes situados en determinados territorios, a tenor del apdo. quinto del art. 4 RBGI. Asimismo, se introduce una salvedad con respecto a las ventas de libros, y es que la prohibición establecida en el apdo. 1 no impedirá que los comerciantes apliquen precios diferentes a clientes en determinados territorios en la medida en que estén obligados a hacerlo en virtud de la legislación de los Estados miembros de conformidad con el Derecho de la UE⁷³.

La tercera de estas medidas correctoras del trato discriminatorio se ocupa de las condiciones de pago. En este sentido, si bien el comerciante en el ejercicio de la libertad de empresa puede elegir el medio de pago que desee aceptar en sus transacciones, hecha la elección no puede aplicar distintas condiciones de pago en la venta de un bien o la prestación de un servicio (por motivos relacionados con la nacionalidad, con el lugar de residencia o con el lugar de establecimiento del cliente, con la ubicación de la cuenta de pago, con el lugar de establecimiento del proveedor de servicios de pago o con el lugar

⁷⁰ Motivado por su carácter territorial.

⁷¹ Ejemplos recogidos en el cdo. 25 RBGI.

⁷² Como aclara el cdo. 27 RBGI: “[...] dicha prohibición no debe entenderse en el sentido de que se impida la aplicación de condiciones generales de acceso diferentes por otros motivos, como por ejemplo la pertenencia a una determinada asociación o las contribuciones realizadas al comerciante, cuando dichos motivos no estén relacionados con la nacionalidad, el lugar de residencia o el lugar de establecimiento. Dicha prohibición tampoco debe entenderse en el sentido de que se oponga a la libertad de los comerciantes para ofrecer, de forma no discriminatoria, condiciones diferentes, incluidos precios distintos, en puntos de venta distintos, como tiendas y sitios web, o realizar ofertas específicas solo a un determinado territorio de un Estado miembro”.

⁷³ Art. 4.5 segundo párrafo RBGI.

de emisión del instrumento de pago en la Unión, a tenor del art. 5 RBGI). Con todo, el Reglamento aborda dos supuestos justificados por razones objetivas, en cuyo caso el comerciante puede aplazar la entrega del producto o la prestación del servicio hasta tener constancia de que la operación de pago se inició correctamente, así como imponer recargos no discriminatorios por el uso de un instrumento de pago⁷⁴.

La última de las medidas trata sobre los acuerdos sobre ventas pasivas⁷⁵. Como es bien sabido, los empresarios -concretamente, los proveedores y distribuidores- frecuentemente establecen en sus contratos cláusulas por las que se prohíbe a estos últimos realizar ventas pasivas con determinados clientes -en función de su nacionalidad o ubicación geográfica-. Pues bien, estas cláusulas son nulas de pleno derecho en caso de que se imponga al comerciante la obligación de actuar infringiendo las prohibiciones relacionadas con el acceso al interfaz en línea, el acceso a productos o servicios y el pago anteriormente mencionadas⁷⁶.

2.1.3 Posible fricción del Reglamento (UE) 2018/302 con el Derecho internacional privado

Al hilo de lo anterior, el art. 1.6 RBGI, en síntesis, señala que el cumplimiento de las obligaciones emanadas de esta norma no implicará que el comerciante esté dirigiendo sus actividades al Estado miembro de residencia habitual o domicilio del consumidor⁷⁷. La redacción de esta disposición, que parece proteger los intereses de los comerciantes en detrimento de los consumidores⁷⁸, puede comportar un difícil encaje con el concepto autónomo del criterio de las actividades dirigidas⁷⁹ delimitado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE). En efecto, a pesar de que el RBGI incide en que “debe entenderse sin perjuicio del Derecho de la Unión relativo a la cooperación judicial en materia civil [...]”, lo cierto es que el cumplimiento de las obligaciones -o prohibiciones- de esta norma deja *de facto* sin valor

⁷⁴ Cdo. 32 RBGI.

⁷⁵ Recogida en el art. 6 RBGI.

⁷⁶ Véase el cdo. 34 RBGI.

⁷⁷ Art. 1.6 RBGI: “El presente Reglamento se entenderá sin perjuicio del Derecho de la Unión relativo a la cooperación judicial en materia civil. Del cumplimiento del presente Reglamento no se derivará que un comerciante dirige sus actividades al Estado miembro de residencia habitual o domicilio del consumidor en el sentido del artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n° 593/2008 y del artículo 17, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) n° 1215/2012. En particular, cuando un comerciante, que actúa de conformidad con los artículos 3, 4 y 5 del presente Reglamento, no bloquea ni limita el acceso de los consumidores a su interfaz en línea, no redirige a los consumidores a una versión de su interfaz en línea basada en la nacionalidad o lugar de residencia de los mismos diferente de la interfaz en línea a la que hubiesen tratado de acceder inicialmente, no aplica condiciones generales de acceso diferentes al vender productos o prestar servicios en los supuestos previstos en el presente Reglamento, o acepta instrumentos de pago emitidos en otro Estado miembro de manera no discriminatoria, no se considerará, únicamente por esos motivos, que dicho comerciante dirige sus actividades al Estado miembro en que el consumidor tiene su domicilio o residencia habitual. Tampoco se considerará, únicamente por dichos motivos, que el comerciante facilita información y asistencia al consumidor tras la celebración del contrato conforme a las obligaciones que le incumben en virtud del presente Reglamento”.

⁷⁸ DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “El nuevo Reglamento de la Unión Europea sobre bloqueo geográfico y otras formas de discriminación”, *La Ley Unión Europea*, n° 59, 2018, pág. 9.

⁷⁹ Sobre este criterio y su jurisprudencia véase LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., “El criterio de las actividades dirigidas como concepto autónomo de Dipr de la Unión Europea para la regulación de las actividades en Internet”, *REDI*, vol. 69-II, 2017, págs. 223-256.

la mayoría de los indicios que permiten activar el art. 17 RBI *bis* y el art. 6 RRI⁸⁰. Por este motivo, con toda probabilidad, la determinación de los tribunales competentes y de la ley aplicable en los casos de comercio electrónico transfronterizo de consumo va a resultar más complicado desde la aplicación del RBGI, conforme se analiza seguidamente.

En los casos de comercio electrónico transfronterizo de consumo, los comerciantes se han servido de distintos mecanismos o técnicas para evitar que posteriormente se les considerara que habían dirigido sus actividades comerciales hacia un determinado Estado miembro, cuando realmente no lo deseaban. Generalmente lo hacían impidiendo al cliente el acceso a la página web o redirigiéndole a su misma página nacional, o bien con *disclaimers*⁸¹, porque, de lo contrario, el consumidor (considerado como un sujeto “pasivo” en este supuesto) podía litigar ante los tribunales del Estado de su domicilio (y siendo aplicable al contrato la misma ley de ese Estado miembro) si demostraba la conducta comercial activa de los vendedores.

La determinación de la conducta activa del vendedor es esencial para la protección de los intereses de los consumidores en el Estado miembro de su domicilio. El TJUE ha interpretado, en este sentido, el concepto de dirección de la actividad del comerciante hacia el Estado miembro del consumidor identificando una serie de elementos que pueden constituir indicios -en puridad, se trata de una lista no exhaustiva- que permiten averiguar la intención del comerciante de dirigir su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor. Con todo, comprobar la concurrencia de los mismos es una función del órgano jurisdiccional nacional.

A este respecto, como detalla el asunto *Pammer*⁸², el carácter internacional de la actividad, la descripción de itinerarios desde otros Estados miembros al lugar en que está establecido el vendedor, la utilización de una lengua o de una divisa distintas de la lengua o la divisa habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor, con la posibilidad de reservar y de confirmar la reserva en esa otra lengua, la mención de números de teléfono con indicación de un prefijo internacional, los gastos en un servicio de remisión a páginas web en Internet con el fin de facilitar el acceso al sitio del vendedor o al de su intermediario a consumidores domiciliados en otros Estados miembros, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor y la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros son elementos que pueden constituir indicios para determinar que el vendedor dirige su actividad hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor. Sin embargo, el mero hecho de que pueda accederse a la página web del vendedor o del intermediario en el Estado miembro del

⁸⁰ En este sentido, “resulta cuestionable la idea de que el nuevo Reglamento 2018/302 establezca, potencialmente en perjuicio de los consumidores, qué es o no relevante a efectos de la interpretación de los arts. 17.1.c) Reglamento Bruselas I bis y 6.1 del Reglamento Roma I”. *Vid.*, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “El nuevo Reglamento de la Unión Europea sobre bloqueo geográfico y otras formas de discriminación”, *La Ley Unión Europea*, nº 59, 2018, pág.10.

⁸¹ La palabra *disclaimer* significa literalmente *descarga de responsabilidad*. El *disclaimer* es utilizado por el titular del interfaz en línea como advertencia, en forma de anuncio al público en general, informando el mercado hacia el que dirige (o no) su actividad.

⁸² STJUE de 7 de diciembre de 2010, as. acumulados C-585/08 *Pammer* y C-144/09, *Hotel Alpenhof*, apdo. 93 (ECLI:EU:C:2010:740).

domicilio del consumidor es insuficiente. Lo mismo ocurre con la mención de una dirección electrónica y de otros datos o con la utilización de una lengua o de una divisa que son las habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor⁸³.

En efecto, si bien es cierto que la celebración del contrato en el Estado del consumidor es tratada por la jurisprudencia como un indicio más para concretar el país hacia el que va dirigida la actividad del comerciante⁸⁴, también lo es que este elemento carece de relevancia en la actualidad por la obligación que el RBGI impone al comerciante de celebrar el contrato con independencia del Estado miembro en el que resida el consumidor. Y así sucede con varios de los indicios identificados en el mencionado caso *Pammer*. Por esta razón, habida cuenta de que la mayoría de ellos pierden su relevancia -o incluso carecen de eficacia probatoria- y que los mecanismos utilizados por el comerciante para impedir que su actividad se dirija a un Estado miembro “no deseado” quedan *ex lege* prohibidos⁸⁵, resulta del todo necesaria una “relectura de esa jurisprudencia y una nueva ponderación de los indicios identificados en ella”⁸⁶ para adaptarla a la nueva norma europea. En resumen, es de esperar que el TJUE nuevamente sea quien -a resultas de una cuestión prejudicial- interprete el alcance de este precepto.

3 CONTENIDOS DIGITALES ACCESIBLES EN EL TERRITORIO DE LA UE

Una de las reivindicaciones de los ciudadanos que viajaban a otros países de la Unión era tener acceso desde sus dispositivos electrónicos a las suscripciones (v.gr. música, juegos, películas o programas de entretenimiento) contratadas conforme lo hacían desde sus hogares⁸⁷; porque, al intentarlo, generalmente aparecía en su dispositivo el mensaje: “contenido no disponible fuera de su zona geográfica”⁸⁸. Con el fin de lograr

⁸³ *Id.* apdo. 94.

⁸⁴ STJUE de 6 de septiembre de 2012, as. C-190/11, *Daniela Mühlleitner y Ahmad Yusufi, Wadat Yusufi* (ECLI:EU:C:2012:542) señala el apdo. 44 que “[...] a este respecto, tanto la toma de contacto a distancia, como ocurre con la controvertida en el litigio principal, como la reserva de un bien o de un servicio a distancia o, a fortiori, la celebración de un contrato de consumo a distancia son indicios de vinculación del contrato a tal actividad”.

⁸⁵ Recuérdese que un comerciante no puede bloquear el acceso al interfaz en línea -o redirigir a la página web nacional- a los consumidores “transfronterizos”, ni aplicar condiciones generales de acceso diferentes a sus productos o servicios por motivos relacionados con la nacionalidad o con el lugar de residencia o de establecimiento del cliente -en determinados supuestos-, ni discriminar por motivos relacionados con el pago.

⁸⁶ LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., “El Reglamento 2018/302 sobre bloqueo geográfico injustificado y su relación con el criterio de las actividades dirigidas”, *Bitácora Millennium DIPr*, n° 7, 2018, pág. 16. En este mismo sentido, PAREDES PÉREZ, J. I., “Medidas contra el bloqueo geográfico injustificado: el Reglamento (UE) 2018/302 y su incidencia sobre las normas europeas de Derecho internacional privado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 35, 2018, pág.16.

⁸⁷ *Vid.* Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a la revisión intermedia de la aplicación de la Estrategia para el Mercado Único Digital, *Un mercado único digital conectado para todos*, Bruselas, 10.5.2017 COM (2017) 228 final, pág. 5. Disponible en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-228-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>

⁸⁸ Y ello venía motivado esencialmente por la limitación territorial que el titular de la obra protegida por derechos de autor (y derechos afines) imponía al prestador del servicio de contenidos en línea. De tal forma que, salvo que se le hubiera cedido este derecho para más de un territorio, el prestador tenía que servirse de

esta pretensión, el RP⁸⁹ fue uno de los primeros instrumentos legales adoptados⁹⁰ en el marco de la estrategia del mercado único digital⁹¹, poniéndose fin a la práctica del bloqueo geográfico en este contexto⁹²; un primer paso bien recibido, aunque el legislador de la UE podría haber sido más ambicioso ampliando el número de beneficiarios de la norma⁹³. Quizás, por ello mismo, sería oportuno que, cuando se revise el RP (“a más tardar el 21 de marzo de 2021” según el art. 10 RP), pudiera ampliarse la portabilidad transfronteriza a cualquier persona (física o jurídica) y sin limitación temporal; aunque ello comportaría la crisis definitiva del principio de territorialidad del derecho de autor, en *pro* de un único territorio, un único mercado.

mecanismos de localización geográfica con el objetivo de impedir o bloquear el acceso transfronterizo a sus servicios para el que carecía de licencia, cumpliendo así con lo estipulado en el contrato de cesión de derecho(s) de explotación económica con el titular del derecho en cuestión. Sobre este punto, véanse, CASTELLÓ PASTOR, J.J. “Portabilidad transfronteriza de contenidos digitales protegidos por derechos de autor en la Unión Europea”, *Indret*, nº 1, 2019, págs. 1-25; SYNODINOU, T., “Geoblocking in EU Copyright Law: Challenges and Perspectives”, *GRUR International Journal of European and International IP Law*, nº 69, vol. 2, 2020, págs. 136-150.

⁸⁹ *Cit. supra* nota al pie núm. 11. Un análisis de esta norma, véase, CASTELLÓ PASTOR, J.J., “Portabilidad transfronteriza de contenidos digitales protegidos por derechos de autor en la Unión Europea”, *Indret*, nº 1, 2019, págs. 1-25; GARCÍA MIRETE, C., “La portabilidad transfronteriza de servicios on line en el mercado interior europeo tras un año de aplicación del Reglamento 2017/1128” en SÁIZ GARCÍA, C. y EVANGELIO LLORCA, R. (Dirs.), *Propiedad Intelectual y Mercado Único Digital Europeo*, Tirant Lo Blanch, 2019, págs. 541-550; SÁNCHEZ ARISTI, R., “El Reglamento (UE) 2017/1128 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior”, *Revista de Propiedad Intelectual (pe. i.)*, nº 56, págs. 45-83; SYNODINOU, T., “EU Portability Regulation: In-depth Analysis of the Proposal”, Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament; 2016. Disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571369/IPOL_IDA\(2016\)571369_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571369/IPOL_IDA(2016)571369_EN.pdf)

⁹⁰ Junto al Reglamento sobre bloqueo injustificado anteriormente analizado y la supresión de las tarifas de itinerancia por el Reglamento (UE) 2017/920 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 531/2012 en lo que se refiere a las normas relativas a los mercados mayoristas de itinerancia. OJ L 147, 9.6.2017, pág. 1-8. Disponible en: ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2017/920/oj>

⁹¹ *Cit. supra* nota al pie núm. 6. Concretamente, con respecto al primer pilar sobre “Mejorar el acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios en línea en toda Europa”. Bruselas, 6.5.2015 COM (2015) 192 final.

⁹² La norma ha sido bien acogida por los consumidores europeos, a tenor de los primeros datos que se disponen sobre su aplicación. Vid. JIMÉNEZ PUMARES, M., *First feedback from the implementation of the Portability Regulation by free online video services*, European Audiovisual Observatory, Strasbourg, 2019 y el informe del Eurobarómetro 477a, “Accessing content online and cross-border portability of online content services”, 2019. Disponibles en <https://rm.coe.int/first-feedback-from-the-implementation-of-portability-regulation-by-fr/168095f331> y <https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/survey/getsurveydetail/instruments/flash/surveyky/2221> respectivamente.

⁹³ En efecto, como se analiza a continuación, la portabilidad transfronteriza únicamente la disfruta un reducido número de personas (*i.e.* consumidores que se encuentran temporalmente en otro Estado miembro por motivos de ocio, viaje, viajes de negocios o estudios). Como señala SCHMIDT-KESSEN, M.J., “EU Digital Single Market Strategy, digital content and geo-blocking: costs and benefits of partitioning EU’s Internal Market”, *Columbia Journal of European Law*, nº 24, 2018, pág. 567: “Proporciona los beneficios de una reducción en el bloqueo geográfico para viajeros, migrantes a corto plazo y turistas, que afecta a alrededor de 2.5 millones de ciudadanos de la UE para 2020.51 En otras palabras, solo alrededor del 0.5% de todos los ciudadanos de la UE se beneficiarían de esta propuesta”.

3.1 Consideraciones generales del Reglamento sobre Portabilidad transfronteriza

3.1.1 Objetivo y ámbito de aplicación

El RP permite que los consumidores europeos disfruten de nuevos derechos digitales sin fronteras en todo el territorio de la UE. En efecto, desde el pasado 20 de marzo de 2018⁹⁴ el abonado a un servicio de contenido en línea portable⁹⁵, suscrito lícitamente en su país de origen⁹⁶, tiene acceso continuado al contenido digital cuando temporalmente se encuentre en otro Estado miembro⁹⁷, al prohibirse al prestador del servicio que aplique técnicas del bloqueo geográfico para impedir el acceso.

Ello implica que el abonado puede beneficiarse de la suscripción a un servicio audiovisual, basada en la licencia concedida en el Estado de su residencia, en todo el territorio de la Unión. En estas circunstancias, la obligación impuesta a los prestadores de servicios en línea podría constituir una infracción de derechos (principalmente de derechos de autor y derechos afines), desde el momento en que se permite al usuario el acceso y la utilización del contenido digital en una zona geográfica de la que – seguramente- se carece de la oportuna licencia del titular, si no fuera por la ficción jurídica creada en el RP⁹⁸; esto es, por localizar siempre el acto en el Estado miembro de

⁹⁴ Para todos los Estados Miembros, según el art. 11 RP. Por su parte, el RP entró en vigor en los Estados de la EFTA (Islandia, Liechtenstein y Noruega) el 1 de agosto de 2019.

⁹⁵ Como indica la nota de prensa de la Comisión Europea de fecha 7 de febrero de 2017: “[...] el Reglamento afecta a los servicios de contenidos en línea en los que resulta más pertinente la aplicación de las normas sobre derechos de autor. Puede tratarse de plataformas de vídeo a la carta (Netflix, HBO Go, Amazon Prime, Mubi, Chili TV), servicios de televisión en línea (Viasat's Viaplay, Sky's Now TV, Voyo), servicios de música en flujo continuo (Spotify, Deezer, Google Music) o mercados en línea de juegos (Steam, Origin)”. Nota disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-225_es.htm.

⁹⁶ *Vid.* el cdo. 12. Señala el art. 1.1 RP que se pretende “garantizar que los abonados a los servicios de contenidos en línea portables, prestados lícitamente en sus Estados miembros de residencia, puedan acceder a dichos servicios y utilizarlos cuando se encuentren temporalmente en otro Estado miembro que no sea su Estado miembro de residencia”.

⁹⁷ En caso de que se trate de servicio de contenido digital en línea prestado a cambio de un pago, *vid.* art. 3 RP. Si, por el contrario, este servicio se presta gratuitamente, la portabilidad transfronteriza es voluntaria para el prestador, de acuerdo con el art. 6 RP. Pero si finalmente ejerzan esta opción, señala el cdo. 20 RP, “deben cumplir las mismas obligaciones que, en virtud del presente Reglamento, se imponen a los prestadores de servicios de contenidos en línea prestados a cambio de un pago en dinero. Asimismo, deben informar en tiempo oportuno de su decisión de ejercer tal opción a los abonados, a los correspondientes titulares de derechos de autor y de derechos afines, y a los correspondientes titulares de cualquier otro derecho sobre el contenido de los servicios de contenidos en línea. Dicha información podría facilitarse en el sitio web del prestador”. Sobre este aspecto de la gratuidad del servicio y la portabilidad transfronteriza, véase, GARCÍA MIRETE, C., “La portabilidad transfronteriza de servicios on line en el mercado interior europeo tras un año de aplicación del Reglamento 2017/1128” en SÁIZ GARCÍA, C. y EVANGELIO LLORCA, R. (Dirs.), *Propiedad Intelectual y Mercado Único Digital Europeo*, Tirant Lo Blanch, 2019, págs. 528-530.

⁹⁸ SHAPIRO, T., “The proposed Regulation on portability – don’t leave home without it”, *Entertainment Law Review*, vol. 27, 2016, págs. 86-87; BERNT HUGENHOLTZ, P. y POORT, J., “Film Financing in the Digital Single Market: Challenges to Territoriality”, *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 51, 2020, pág. 175. Al respecto, véase también el cdo 24 RP: “[...] La prestación de un servicio de contenidos en línea por prestadores a abonados que se encuentran temporalmente en un Estado miembro que no sea su Estado miembro de residencia y el uso del servicio por tales abonados de conformidad con el presente Reglamento no deben constituir una infracción de los derechos de autor o

residencia del consumidor, con independencia del Estado miembro en el que realmente se encuentre el consumidor de forma temporal⁹⁹. Los otros dos mecanismos que permiten cumplir el objetivo del Reglamento son: la obligación al prestador del servicio de permitir el acceso y uso al contenido digital transfronterizo¹⁰⁰ y la prohibición de restringir la portabilidad transfronteriza, bien por cláusulas contractuales¹⁰¹ (entre el prestador, el titular del contenido digital y el usuario) o por la elección de una ley nacional de un tercer estado¹⁰² (que evada la aplicación del RP, constituyendo una norma internacionalmente imperativa¹⁰³), aunque, como se verá, la técnica jurídica utilizada en algunos de los preceptos puede afectar al alcance y a la efectividad del propio RP.

No obstante, debe realizarse la lectura conjunta de sus disposiciones con las definiciones incorporadas en la norma para delimitar el objeto y el ámbito de aplicación de la portabilidad transfronteriza, aunque –como se ha avanzado– resulta en ocasiones insuficiente habida cuenta de la técnica jurídica empleada por el legislador. A este respecto y con el propósito de garantizar una aplicación uniforme de la norma en la UE, el RP da varias definiciones. En primer lugar, el numeral 1 y 2 del art. 2 RP define “abonado” como todo consumidor que, en virtud de un contrato de prestación de un servicio de contenidos en línea celebrado con un prestador, ya sea a cambio de un pago en dinero o sin que medie dicho pago, tiene derecho a acceder a tal servicio y a utilizarlo en su Estado miembro de residencia. Nótese, además, que ni la inscripción para recibir alertas sobre contenidos ni la mera aceptación de cookies HTML son, a efectos del Reglamento, contratos de prestación de servicios de contenidos en línea¹⁰⁴. Por su parte, consumidor es toda persona física que, en contratos que entren en el ámbito del presente Reglamento, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión.

En segundo término, se desprende del concepto de “servicio de contenidos en línea” que el alcance de la norma no se ciñe exclusivamente a servicios audiovisuales (lineales o a la carta), sino que cubre –además– cualquier servicio que proporcione el acceso y el uso a obras, como serían sin carácter de exhaustividad, entre otras, juegos, películas, *e-books*, programas de entretenimiento o acontecimientos deportivos¹⁰⁵. En

derechos afines, ni de ningún otro derecho relativo a la prestación de servicios de contenidos en línea, al acceso a estos y a su utilización”.

⁹⁹ Art. 4 RP.

¹⁰⁰ Art. 3 RP.

¹⁰¹ Art. 7 RP.

¹⁰² Art. 9 RP.

¹⁰³ DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “El Reglamento sobre la portabilidad transfronteriza de contenidos en línea y la evolución de los derechos de autor en la UE”, entrada de blog: http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2017/08/el-reglamento-sobre-la-portabilidad_28.html.

GARCÍA MIRETE, C., “La portabilidad transfronteriza de servicios on line en el mercado interior europeo tras un año de aplicación del Reglamento 2017/1128” en SÁIZ GARCÍA, C. y EVANGELIO LLORCA, R. (Dirs.), *Propiedad Intelectual y Mercado Único Digital Europeo*, Tirant Lo Blanch, 2019, págs. 541-543.

¹⁰⁴ *Vid.*, cdo. 15 RP.

¹⁰⁵ El art. 2.5 RP define “servicio de contenidos en línea” como un servicio, tal como se define en los arts. 56 y 57 del TFUE, que un prestador presta lícitamente a un abonado en el Estado miembro de residencia de este, según condiciones acordadas y en línea, que sea portable y que constituya: i) un servicio de comunicación audiovisual, tal como se define en el art. 1, apdo. 1, letra a), de la Directiva 2010/13/UE, o ii) un servicio cuya característica principal es proporcionar el acceso a obras, otras prestaciones protegidas o transmisiones de organismos de radiodifusión, y su utilización, ya sea en forma lineal o a la carta”.

último lugar, se definen dos nociones fundamentales en torno a las que gira la portabilidad transfronteriza, a saber: el concepto de “Estado miembro de residencia” y de “encontrarse temporalmente en un Estado miembro”. En relación con el primero, se trata del “Estado miembro, determinado sobre la base del artículo 5, en el que el abonado tiene su residencia efectiva y estable” y, con el segundo, de “la presencia de un abonado durante un período de tiempo limitado en un Estado miembro que no sea su Estado miembro de residencia”. Asimismo, se traslada al prestador del servicio la obligación de comprobar el Estado de residencia del abonado, con el consiguiente perjuicio que -a mi parecer- puede ocasionar esta obligación al prestador del servicio y, también, al titular del contenido digital, como se examina a continuación.

3.1.2 Obligaciones y deberes del prestador del servicio y del abonado

3.1.2.1 Posibles problemas derivados por la *fictio iuris* creada en el Reglamento

El legislador de la Unión pone a cargo del prestador de servicio de contenidos en línea el deber de comprobar el Estado miembro de la residencia del abonado. En efecto, el prestador del servicio tiene que verificar este dato en el momento de celebrar (o renovar) el contrato del servicio de contenidos en línea a cambio de un pago en dinero, para permitir el acceso y la utilización de estos contenidos digitales cuando el abonado se encuentre en otro Estado miembro distinto¹⁰⁶. Y para ello, se proporciona un listado con distintos mecanismos de comprobación como, por ejemplo, el documento nacional de identidad; los datos de pago – el número de la cuenta bancaria o de una tarjeta de crédito o débito-; el lugar de instalación de un adaptador multimedia, un descodificador o un dispositivo similar utilizado para el suministro de los servicios al abonado¹⁰⁷. Si el usuario no facilita esta información, el prestador denegará el acceso al servicio de contenidos en línea o el uso transfronterizo mediante las distintas técnicas para su bloqueo geográfico¹⁰⁸.

De estos medios de comprobación señalados, bastará el empleo como máximo de dos de ellos para verificar (a efectos de la norma europea¹⁰⁹) el esencial concepto de Estado miembro de residencia del abonado. Por ello mismo, si bien el amplio catálogo de medios y sobre todo el cumplimiento de un único medio fomenta evidentemente la portabilidad transfronteriza, resulta indiscutible –también- que pueda facilitar el uso indebido del objeto de la norma y causar el consiguiente perjuicio al interés económico del titular del contenido digital protegido, principalmente por la facilidad de la

¹⁰⁶ Aunque no será necesario si el titular así lo permite, tal y como indica el apdo. 4 del art. 5 RP: “[...], podrán autorizar que el contenido se proporcione, se acceda a él y se utilice en virtud del presente Reglamento, sin la comprobación del Estado miembro de residencia [...]”. Una concesión que puede ser retirada previo aviso razonable al prestador.

¹⁰⁷ Véase el art. 5.1 RP (“Comprobación del Estado miembro de residencia”), en particular, el primer apdo. El objetivo de esta lista, como indica el cdo 26, “es proporcionar seguridad jurídica sobre los medios de comprobación que deben usar los prestadores, así como evitar las interferencias en la intimidad de los abonados”.

¹⁰⁸ *Ibidem*, apdo. tercero.

¹⁰⁹ Es más, precisa el cdo. 14 RP que “[...] el Estado miembro de residencia comprobado es el único Estado miembro de residencia del abonado [...]”.

determinación del Estado miembro de residencia del abonado¹¹⁰.

En este sentido, resulta muy ilustrativo el siguiente ejemplo para comprender en sus justos términos lo afirmado: un ciudadano alemán está de vacaciones en su apartamento en la costa alicantina y contrata el servicio *premium* de una plataforma española de contenidos digitales para ver todas las series y películas de estreno. A efectos del RP, el Estado miembro de su residencia es España (ya que –recuérdese- basta un único medio de verificación para ello: en nuestro caso, p. ej., el ciudadano alemán dispone de un número de cuenta corriente en una entidad bancaria local donde tiene domiciliados los gastos del inmueble). A su regreso, este sujeto alemán puede disfrutar -a un precio acaso menor que el de su propio país- del canal de series y películas, desde el momento en que está “temporalmente” en otro Estado miembro.

Si el prestador del servicio tuviera “dudas razonables” sobre el Estado miembro de residencia del consumidor, conviene significar, puede comprobarlo de nuevo en cualquier momento durante la vigencia del contrato –por ejemplo- a través de la dirección del protocolo de internet (IP)¹¹¹. Si bien, en mi opinión, la nueva verificación del Estado miembro de residencia del consumidor rara vez se producirá porque, teniendo en cuenta que el interés económico del prestador gira en torno al mayor número de abonados posible, ello puede comportar el deber de bloquear el contenido contratado -y, en consecuencia, la probable pérdida del abonado- en caso de que resulte un Estado miembro de residencia diferente tras la consulta. Dicho lo cual, nada impide para que se estipule en el marco del contrato celebrado entre el titular del contenido digital y el prestador del servicio la obligación periódica de averiguar la dirección del protocolo de internet del abonado, para atenuar el posible perjuicio al titular de la obra protegida¹¹². Aunque la existencia de mecanismos para eludir el lugar desde el que se accede a la red¹¹³, indudablemente dificulta el resultado esperado de esta obligación.

Así, puede afirmarse que la presencia de intereses económicos opuestos entre el prestador del servicio y el titular del contenido digital protegido dificulta el equilibrio necesario para no perjudicar el propio alcance de la portabilidad transfronteriza de la

¹¹⁰ Este perjuicio se debe, también, a la indeterminación del adverbio “temporalmente” tal y como se analiza en el apdo. siguiente.

¹¹¹ Véase el art. 5.2 RP. En este sentido, y para no vulnerar la normativa sobre protección de datos, precisa el cdo. 28 sobre estas comprobaciones de direcciones IP que: “[...] lo que importa no es el lugar concreto en que este se encuentre, sino más bien el Estado miembro en el que el abonado accede al servicio. En consecuencia, no deben recogerse ni tratarse con ese fin datos sobre la localización concreta ni cualquier otro dato personal del abonado [...]”. En consecuencia “[...] el único objetivo de dicha comprobación ha de ser determinar si un abonado accede al servicio de contenidos en línea o lo utiliza dentro o fuera de su Estado miembro de residencia. Por consiguiente, en tales casos, los datos resultantes de las comprobaciones de direcciones IP deben recogerse únicamente en formato binario y de conformidad con las normas sobre protección de datos aplicables. El prestador no debe ir más allá de ese nivel de detalle” ni, añade el cdo. 30, almacenarlos “[...] durante más tiempo del necesario para llevar a cabo dicha comprobación. Una vez concluida la comprobación, dichos datos han de destruirse de forma inmediata e irreversible”.

¹¹² Si bien podría tratarse de una práctica contraria al RP, según la COMISIÓN EUROPEA. Léase la Carta del Director General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnología, Sr. Roberto Viola, enviada el 1 de junio de 2018 a las autoridades nacionales competentes para la aplicación del Reglamento, 2018, págs. 5-7. Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/portability-regulation-letter-sent-competent-national-authorities>.

¹¹³ Sírvasse de ejemplo las populares redes VPN (*Virtual Private Network*) o las compañías que ofrecen gratuitamente –o a un reducido precio- este servicio, como www.hola.org o www.unblock-us.com.

norma y, en consecuencia, el derecho del consumidor europeo. Un conflicto que se evidencia, si cabe, con la mencionada ficción jurídica del art. 4 RP. En efecto, el RP crea una ficción jurídica que reside en garantizar al prestador del servicio de contenidos digitales y al consumidor que el derecho del titular del contenido digital no se ve vulnerado por permitirse el acceso y el uso del contenido en un Estado miembro del que, con toda seguridad, se carece de la oportuna licencia¹¹⁴. En otros términos, la disposición consiste precisamente en crear la ficción de que el acto de explotación de los contenidos por parte del usuario ocurre en el Estado miembro de su residencia, y no en el lugar en el que físicamente se produce (que es el Estado miembro donde temporalmente está). De este modo, no hay infracción del titular del derecho del contenido digital porque el consumidor accede al contenido -de forma ficticia- en el Estado miembro de su residencia, y no en el Estado en el que efectivamente se halla de forma temporal¹¹⁵.

Pese al marcado carácter excepcional de esta técnica, parece que esté imponiéndose actualmente una tendencia a su uso como muestra el art. 3.1 de la Directiva (UE) 2019/789 por la que se establecen normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión¹¹⁶ o el art. 5.3 de la Directiva (UE) 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital¹¹⁷. También la jurisprudencia del TJUE juega con esta ficción legal¹¹⁸. Pues

¹¹⁴ Así lo establece el cdo 24 RP.

¹¹⁵ Este mecanismo legal ha sido empleado con anterioridad en el marco del Derecho de autor europeo. En efecto, aunque se trata de un instrumento de carácter excepcional, esta técnica ya fue utilizada en la Directiva 93/83/CEE de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, para encontrar un supuesto similar. Véase el art. 1.2.b) establece que “la comunicación al público vía satélite se producirá únicamente en el Estado miembro en que, bajo el control y responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadoras de programa se introduzcan en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde este a la tierra”.

¹¹⁶ Directiva (UE) 2019/789 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 por la que se establecen normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, y por la que se modifica la Directiva 93/83/CEE. DO L 130 de 17.5.2019, pág. 82/91. Disponible en <http://data.europa.eu/eli/reg/2019/789/oj>. Indica el art. 3.1 (“Aplicación del principio del «país de origen» a los servicios accesorios en línea”) que “[...] los actos de reproducción de dichas obras u otras prestaciones protegidas que sean necesarios para la prestación de dicho servicio en línea, el acceso a él o su utilización para los mismos programas, se considerarán, a efectos del ejercicio de los derechos de autor y derechos afines pertinentes para esos actos, producidos únicamente en el Estado miembro en el que el organismo de radiodifusión tenga su establecimiento principal”.

¹¹⁷ Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (Texto pertinente a efectos del EEE.), DO L 130 de 17.5.2019, pág. 92/125. Disponible en <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj>. Señala el art. 5.3 que “se considerará que el uso de obras y otras prestaciones únicamente a efectos de ilustración con fines educativos a través de entornos electrónicos seguros que se haga en cumplimiento de las disposiciones de Derecho nacional adoptadas en virtud del presente artículo, únicamente tiene lugar en el Estado miembro en que está establecido el centro de enseñanza”.

¹¹⁸ Tal y como indica la STJUE de 13 de febrero de 2014, as. C-466/12, *Svensson y otros v. Retriever Sverige* (ECLI:EU:C:2014:76), en el párrafo 27 “[...] cuando el conjunto de los usuarios de otra página, a los que se han comunicado las obras de que se trata mediante un enlace sobre el que se puede pulsar, podía acceder directamente a esas obras en la página en la que éstas fueron comunicadas inicialmente, sin intervención del gestor de esa otra página, debe estimarse que los usuarios de la página gestionada por este último son destinatarios potenciales de la comunicación inicial y forman, por tanto, parte del público

bien, en esta *fictio iuris* reside a mi juicio el principal aspecto controvertido de la portabilidad transfronteriza del RP, en la medida en que no se delimita con claridad el significado del adverbio temporal, y ello puede ocasionar inseguridad jurídica. En este sentido, resulta ciertamente llamativo que la expresión “encontrarse temporalmente en un Estado miembro” se defina en la norma europea como “la presencia de un abonado durante un período de tiempo limitado en un Estado miembro que no sea su Estado miembro de residencia¹¹⁹” sin acotar –o al menos matizar- el número máximo de días¹²⁰.

Tomando en consideración lo señalado, puede predecirse que un usuario -con residencia en nuestro país, a los efectos del RP- encaja perfectamente en este periodo de “tiempo limitado”: cuando esté un día reunido en París, una semana de vacaciones en la costa amalfitana, tres meses de estancia en un centro europeo de investigación o, incluso, un curso completo de intercambio Erasmus en cualquier universidad europea¹²¹. También un jubilado belga que pase largas temporadas en la Costa Blanca. En todos estos supuestos, el usuario se desplaza con el contenido en línea adquirido legalmente por el interior de la UE y se le permite -*a priori*- la portabilidad transfronteriza; cumpliéndose la finalidad del RP.

El origen de la falta de determinación del concepto puede deberse a la voluntad del legislador de no obstaculizar el alcance de la portabilidad transfronteriza, o bien de dejar en manos del prestador del servicio y del titular de la obra protegida esta decisión, o bien de facilitar al prestador del servicio el cumplimiento de la obligación de comprobar –monitorizar- el lugar en el que temporalmente se encuentra el consumidor y que ello no suponga una excesiva carga –probablemente contraria al art. 15 DCE- al prestador del

tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando éstos autorizaron la comunicación inicial”.

¹¹⁹ Art. 2.4 RP.

¹²⁰ Considera SÁNCHEZ ARISTI que “quizás una forma de interpretar la limitación temporal del traslado sea ponerla en relación con el número de días al año que pueden provocar, con arreglo a la legislación del Estado miembro concernido, que el usuario haya pasado a establecer su residencia habitual en un Estado miembro diferente de aquél en el que contrató el servicio, por ejemplo a efectos fiscales”. SÁNCHEZ ARISTI, R., “El Reglamento (UE) 2017/1128 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior”, *Revista de Propiedad Intelectual (pe. i.)*, nº 56, 2017, pág.67. Desde mi punto de vista, parecería razonable admitir cualquier término inferior a los tres meses, pues coincide con el periodo vacacional de la mayoría de los estudiantes europeos –que es el colectivo que realiza estancias más largas-, se ajusta -en términos generales- a cualquier viaje familiar o laboral y es menos probable que perjudique el interés económico del titular de la obra protegida –que un lapso de tiempo mayor-.

¹²¹ En opinión de la Comisión Europea, la portabilidad transfronteriza no sólo se permite en los “*routine business trips or travel*”, sino también en el “*learning mobility*”. Véase, COMISIÓN EUROPEA, ROBERTO VIOLA, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnología, Letter to the attention of the competent national authorities on the application of Regulation (EU) 2017/1128, 2018, pág. 3. Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/portability-regulation-letter-sent-competent-national-authorities>.

servicio¹²². Lo único cierto, sin embargo, es que “la inclusión de un período de tiempo específico fue expresamente rechazada en el curso del procedimiento legislativo”¹²³.

Esta indeterminación comportará que supuestos de hecho similares se traten posiblemente de forma distinta, dificultando la aplicación uniforme de la norma¹²⁴. Además, es probable que esta falta de precisión de los conceptos de “residencia” del consumidor y de “presencia temporal” en otro Estado miembro de la Unión ocasione un perjuicio al interés del titular del Derecho protegido¹²⁵. Con todo y con eso, es posible afirmar que una interpretación restrictiva -como podría ser el caso de limitar la duración de la estancia a un determinado número de días o semanas- puede conllevar que la portabilidad se aplique a un menor número de usuarios y menoscabar la finalidad del RP¹²⁶. En tanto que una interpretación flexible puede perjudicar el interés económico del titular del derecho del contenido digital -y también, la esencia europea del principio de territorialidad¹²⁷-. Por todo ello, a mi modo de ver, el TJUE será el órgano que acabe con toda probabilidad interpretando el alcance de la expresión “periodo de tiempo limitado” del RP, desde el momento en que puede verse perjudicado el interés contrapuesto de las partes implicadas por la falta de determinación de los conceptos utilizados en la presente norma.

3.1.2.2 Calidad en el acceso al servicio digital transfronterizo

Verificado que el abonado dispone el derecho de acceso al servicio o de su utilización -sin coste adicional¹²⁸- cuando temporalmente se encuentre en otro Estado

¹²² SYNODINOU, T., “EU Portability Regulation: In-depth Analysis of the Proposal”, Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, 2016, pág. 25, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571369/IPOL_IDA\(2016\)571369_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571369/IPOL_IDA(2016)571369_EN.pdf) (consultado por última vez el 07.08.2019).

¹²³ COMISIÓN EUROPEA, ROBERTO VIOLA, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnología, Letter to the attention of the competent national authorities on the application of Regulation (EU) 2017/1128, 2018, pág. 3.

¹²⁴ Y con ello se pierde el *quid* de la adopción de un Reglamento, a tenor del cdo. 35.

¹²⁵ En el ámbito de los derechos de autor (y derechos afines) una aplicación excesiva de la norma probablemente no supere la prueba de la regla de los tres pasos. En este sentido, entendida la portabilidad transfronteriza como excepción obligatoria en el marco europeo del derecho de autor, *Vid.* CASTELLÓ PASTOR, J.J. “Portabilidad transfronteriza de contenidos digitales protegidos por derechos de autor en la Unión Europea”, *Indret*, n° 1, 2019, págs. 1-25; y un mayor estudio del sistema cerrado de límites europeo y la regla de los tres pasos, con referencias al sistema abierto de límites estadounidense o *fair use doctrine*, véase, CASTELLÓ PASTOR, J.J., *Motores de búsqueda y derechos de autor, infracción y responsabilidad*, Aranzadi, 2016, págs. 141-202.

¹²⁶ Véase el documento sobre la Evaluación de Impacto que acompaña al documento Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se garantiza la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior, de 9 de diciembre de 2015, SWD (2015) 270 final, págs. 24-25.

¹²⁷ MAZZIOTTI, G. y SIMONELLI, F., “Regulation on ‘cross-border portability’ of online content services: Roaming for Netflix or the end of copyright territoriality?”, CEPS, 2016. Disponible en: <https://www.ceps.eu/publications/regulation-‘cross-border-portability’-online-content-services-roaming-netflix-or-end> (consultado por última vez el 8.8.2019), CASTAÑOS CASTRO P., Breve apunte sobre el Reglamento 2017/1128, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior, en CASTAÑOS CASTRO, P. y CASTILLO PARRILLA, J.A. (Dirs.), *El mercado digital en la Unión Europea*, ed. Reus, Madrid, 2019, pág. 346.

¹²⁸ Art. 3.2 RP.

miembro, es importante determinar el cumplimiento de esta obligación en términos de la calidad del servicio prestado. A este respecto, el art. 3.3 RP puntualiza que la obligación de prestar la portabilidad transfronteriza “no se hará extensiva a los requisitos de calidad aplicables a la prestación de un servicio de contenidos en línea a que esté sujeto el prestador cuando preste tal servicio en el Estado miembro de residencia, salvo que el prestador y el abonado lo hayan acordado expresamente de otro modo”, en la medida en que una exigencia encaminada a ofrecer la misma calidad “podría dar lugar a gastos elevados para los prestadores de servicios de contenidos en línea y, en última instancia, para los abonados¹²⁹”. De este modo, en principio, no puede responsabilizarse por no ofrecer la misma calidad cuando sea el acceso transfronterizo¹³⁰. Sin embargo, se hace paralelamente hincapié en que una forma de eludir la obligación de proporcionar la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea y, por consiguiente, contraria al RP, el hecho de que el prestador del servicio prive al abonado de esta misma calidad¹³¹.

Ante la falta de claridad (*rectius*: patente contradicción) del legislador de la UE, es decir, que la disminución de la calidad del servicio transfronterizo puede ser contraria a la norma y, por tanto, responsabilizarse al operador económico por incumplir el mandato de la portabilidad transfronteriza, pero, a la vez, que la garantía de la misma calidad puede conllevar la elevación de los gastos (contrario también al RP); lo cierto es que el prestador del servicio de contenido en línea podría ser responsable en caso de que activamente realizara alguna acción tendente a la disminución de la calidad del servicio transfronterizo¹³².

3.1.3 Carácter imperativo de la portabilidad transfronteriza y el Derecho internacional privado

Por último, el prestador del servicio de contenidos digitales en línea debe proporcionar la portabilidad transfronteriza de sus servicios al consumidor europeo, de cumplirse lo establecido en el RP. A este respecto, el legislador de la UE confiere de carácter imperativo a la portabilidad, en la medida en que toda disposición contractual entre el prestador del servicio de contenido en línea y el titular del derecho, así como entre el prestador y el abonado, que restrinja (o limite a un determinado período de tiempo) territorialmente el acceso al servicio transfronterizo (o de su utilización) al abonado, es inaplicable (art. 7.1 RP); incluido los contratos y licencias formalizados con anterioridad.

¹²⁹ Por tanto, no procede que el presente Reglamento exija que los prestadores garanticen una calidad en la prestación de tales servicios superior a la calidad disponible a través del acceso en línea local elegido por el abonado mientras se encuentra temporalmente en otro Estado miembro, según el cdo. 22 RP.

¹³⁰ Así lo indica también el cdo. 36 RP: “[...] Asimismo, el presente Reglamento tampoco exige que los prestadores de servicios tomen medidas para garantizar la calidad de la prestación de los servicios de contenidos en línea fuera del Estado miembro de residencia de los abonados”.

¹³¹ Vid. cdo. 21 RP.

¹³² Señala el segundo párrafo del art. 3.3 RP que “el prestador no emprenderá ninguna acción para disminuir la calidad de la prestación del servicio de contenidos en línea al prestar dicho servicio de conformidad con el apartado 1”. En este sentido, afirma MENDOZA LOSANA, A. I., “Portabilidad transfronteriza de contenidos audiovisuales: los usuarios podrán acceder en toda la unión europea a los contenidos contratados en su país de residencia”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 22, 2017, pág. 165 que “la pérdida de calidad debe deberse a razones no imputables al prestador”.

En otras palabras, el RP tiene eficacia retroactiva¹³³. Reviste especial relevancia, en este punto, la jurisprudencia del TJUE al ponderar el objetivo de proteger los derechos de propiedad intelectual y las libertades fundamentales garantizadas por el TFUE¹³⁴, en particular, las restricciones territoriales en las licencias otorgadas en el sector audiovisual (y, sobre todo, en los acontecimientos deportivos) como, por ejemplo, el asunto *Football Association Premier League Ltd y Murphy*¹³⁵ que, en lo que aquí interesa, puntualizó que “las cláusulas de un contrato de licencia exclusiva celebrado entre un titular de derechos de propiedad intelectual y un organismo de radiodifusión constituyen una restricción de la competencia prohibida por el artículo 101 TFUE, porque imponen a dicho organismo la obligación de no proporcionar decodificadores que permitan el acceso a los objetos protegidos de ese titular para su utilización en el exterior del territorio cubierto por dicho contrato de licencia”¹³⁶. En suma, este tipo de cláusulas habituales en las licencias territoriales en el sector audiovisual son actualmente ineficaces.

A lo anterior debe añadirse que los contratantes, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden elegir la ley de un tercer Estado y con base a la misma, por lo tanto, restringir (o limitar) territorialmente el acceso al servicio transfronterizo. Sin embargo, el legislador de la Unión refuerza el cumplimiento de la obligación de la portabilidad transfronteriza con una suerte de “doble garantía”, habida cuenta que es inaplicable la disposición contractual que restrinja (o limite) la portabilidad transfronteriza al consumidor; y es de aplicación el RP con independencia de la *lex contractus*; esto es: se trata de una norma internacionalmente imperativa¹³⁷. Así lo indica el tenor del art. 7.2 RP: “el presente Reglamento se aplicará con independencia de la normativa aplicable a los contratos celebrados entre prestadores de servicios de contenidos en línea y titulares de derechos de autor o derechos afines o titulares de cualquier otro derecho sobre el contenido de los servicios de contenidos en línea, o a los contratos celebrados entre tales prestadores de servicios y sus abonados”.

4. BIBLIOGRAFÍA

ARPIO SANTACRUZ, J., “Fundamento y alcance de la regulación europea sobre el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, nº 22, 2018.

BERNT HUGENHOLTZ, P. y POORT, J., “Film Financing in the Digital Single Market: Challenges to Territoriality”, *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 51, 2020.

¹³³ Art. 9 RP. Los prestadores tuvieron varios meses para adaptar los contratos y cumplir así lo dispuesto en el texto europeo. Véase también el cdo. 32 RP.

¹³⁴ Cdo. 11 RP.

¹³⁵ STJUE (Gran Sala) de 4 de octubre de 2011, as. acumulados C-403/08 y C-429/08, *Football Association Premier League Ltd y otros contra QC Leisure y otros y Karen Murphy contra Media Protection Services Ltd*, (ECLI:EU:C:2011:631).

¹³⁶ *Ibidem.* apdo. 211.

¹³⁷ En esta misma línea, véase, GARCÍA MIRETE, C., “La portabilidad transfronteriza de servicios on line en el mercado interior europeo tras un año de aplicación del Reglamento 2017/1128” en SÁIZ GARCÍA, C. y EVANGELIO LLORCA, R. (Dirs.), *Propiedad Intelectual y Mercado Único Digital Europeo*, Tirant Lo Blanch, 2019, págs. 541-542.

CASTAÑOS CASTRO P., Breve apunte sobre el Reglamento 2017/1128, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior, en CASTAÑOS CASTRO, P. y CASTILLO PARRILLA, J.A. (Dirs.), *El mercado digital en la Unión Europea*, ed. Reus, Madrid, 2019.

CASTELLÓ PASTOR, J.J., *Motores de búsqueda y derechos de autor, infracción y responsabilidad*, Aranzadi, 2016.

CASTELLÓ PASTOR, J.J. “Portabilidad transfronteriza de contenidos digitales protegidos por derechos de autor en la Unión Europea”, *Indret*, nº 1, 2019.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “El Reglamento sobre la portabilidad transfronteriza de contenidos en línea y la evolución de los derechos de autor en la UE”, blog: pedrodemiguelasensio.blogspot.com

DE MIGUEL ASENSIO, P. A. “El nuevo Reglamento de la Unión Europea sobre bloqueo geográfico y otras formas de discriminación”, *La Ley Unión Europea*, nº 59, 2018.

GARCÍA MIRETE, C., “La portabilidad transfronteriza de servicios on line en el mercado interior europeo tras un año de aplicación del Reglamento 2017/1128” en SÁIZ GARCÍA, C. y EVANGELIO LLORCA, R. (Dirs.), *Propiedad Intelectual y Mercado Único Digital Europeo*, Tirant Lo Blanch, 2019.

JIMÉNEZ PUMARES, M., *First feedback from the implementation of the Portability Regulation by free online video services*, European Audiovisual Observatory, Strasbourg, 2019.

LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., “El criterio de las actividades dirigidas como concepto autónomo de Dipr de la Unión Europea para la regulación de las actividades en Internet”, *REDI*, vol. 69-II, 2017.

LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., “El Reglamento 2018/302 sobre bloqueo geográfico injustificado y su relación con el criterio de las actividades dirigidas”, *Bitácora Millennium DIPr*, nº 7, 2018.

MARTÍ MOYA, V., *Geobloqueo y comercio electrónico. Entre la libre circulación y el derecho de la competencia*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020.

MAZZIOTTI, G. y SIMONELLI, F., “Regulation on ‘cross-border portability’ of online content services: Roaming for Netflix or the end of copyright territoriality?”, CEPS, 2016.

MENDOZA LOSANA, A. I., “Portabilidad transfronteriza de contenidos audiovisuales: los usuarios podrán acceder en toda la unión europea a los contenidos

contratados en su país de residencia”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 22, 2017.

PAREDES PÉREZ, J. I., “Medidas contra el bloqueo geográfico injustificado: el Reglamento (UE) 2018/302 y su incidencia sobre las normas europeas de Derecho internacional privado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 35, 2018.

SÁNCHEZ ARISTI, R., “El Reglamento (UE) 2017/1128 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior”, *Revista de Propiedad Intelectual (pe. i.)*, nº 56, 2017.

SCHMIDT-KESSEN, M.J., “EU Digital Single Market Strategy, digital content and geo-blocking: costs and benefits of partitioning EU’s Internal Market”, *Columbia Journal of European Law*, nº 24, 2018.

SHAPIRO, T., “The proposed Regulation on portability – don’t leave home without it”, *Entertainment Law Review*, vol. 27, 2016.

SIMONELLI, F., *Combating Consumer Discrimination in the Digital Single Market: Preventing Geo-Blocking and Other Forms of Geo-Discrimination*, Directorate general for internal policies. Policy department a: economic and scientific policy, 2016.

SYNODINOU, T. “EU Portability Regulation: In-depth Analysis of the Proposal”, Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament; 2016.

SYNODINOU, T., “Geoblocking in EU Copyright Law: Challenges and Perspectives”, *GRUR International Journal of European and International IP Law*, nº 69, vol. 2, 2020.

TRIMBLE, M., “The Future of Cybertravel: Legal Implications of the Evasion of Geolocation”, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, vol. 22, 2012.